

Moral y derecho

Indice

1. Introducción

2. Derecho

3. Etimología

4. Concepto

5. Fuentes

1. Introducción

En el presente trabajo intitulado Derecho y Moral pongo en manos de la juventud un material que espero sea agradable y fácil de entender.

En el primer capítulo del trabajo "Derecho" trataremos del origen, etimología, concepto, las grandes divisiones del Derecho que son "El derecho positivo y el derecho natural", el cual el doctor Kans Kelsen, subdividió en otros más como por ejemplo el Derecho positivo y la otra subdivisión de Aníbal Torres Vázquez el cual divide al derecho positivo en dos partes:

Es así como después estudiaremos las funciones del derecho y el Derecho y libertad.

En el siguiente capítulo de moral daremos a conocer el concepto, del Derecho y la organización social, la moral a través del tiempo, antes de Cristo, feudal, moderna, contemporánea. En el Perú veremos la moral incaica, la moral hasta nuestros días.

En el tercer capítulo veremos a la moral y derecho sus conexiones, diferencias, el planteamiento del problema, estudio histórico y el alcance de la diferencias entre ambas.

Mis fuentes fueron el libro de Aníbal Torres Vázquez, Claude Du, Pasquier, Mario Alzamora Valdez, Radbruch, Joaquín Costa; todos ellos en su libros titulados; Introducción el Derecho también he visto al álbum de Onda de Historia del Perú como también al libro de Historia del Perú de Gustavo Enrique Valcárcel.

Concluyo con un apéndice de Ética, Moral y Derecho sacado de Internet y las conclusiones.

2. Derecho

Definición De Derecho

Como acabamos de ver en el punto precedente la palabra Derecho es ambigua por ser

susceptible de múltiples conceptos. El término presenta también problemas de vaguedad, tanto porque no hay acuerdo sobre las notas que caracterizan al Derecho, para unos será la coacción, para otros la generalidad, etc.; cuanto porque su campo de aplicación no está perfectamente determinado, por ejemplo, nos planteamos si el derecho internacional es o no verdadero Derecho. Además, el Derecho es una realidad compleja que presenta varias dimensiones; social, lógica, económica, psicológica, ética, religiosa, etc.

a. Origen

La forma originaria de existencia humana es la social. Esta vida en agrupaciones sociales supone, aunque sea de modo primario, una convivencia regulada por normas. Ahora, cualquier manera de obrar que se demuestre como propia y necesaria para la satisfacción de cualquier necesidad, se convierte en costumbre. En el antiguo derecho, la propia diferencia entre derecho y no derecho es confusa, ya que moral y derecho se identifican. Además, lo justo o lo injusto dependían de decreto reales.

En la más remota infancia de todos los pueblos se encuentra la ley del más fuerte, la venganza privada y el predominio de determinados grupos originarios ligados por vínculos de sangre o de un ídolo que constituyen la primitiva tribu. Sin embargo, las tribus se dan cuenta de que se causan perjuicios a la comunidad con las matanzas y depredaciones inherentes a la venganza privada o proscrición.

Theodor Sternberg expresa; "Por eso se admite, en lugar de la venganza privada o de la proscrición, la reparación llamada Wergeld o compositio, que en parte beneficia al linaje ofendido, y en parte a la comunidad. Pero muy lejos de quedar sustituida por el sistema de composiciones, la antigua práctica de la venganza privada y de la proscrición continúa más bien coexistiendo con ella durante largos siglos .

El Derecho aparece casi simultáneamente con el hombre, ya que no es posible la vida humana sino dentro de la sociedad y una vez formada esta empieza a regir un complejo de reglas obligatorias entre los asociados.

- Fases de desarrollo del derecho; Las posibles fases del derecho, según GIORGIO DEL VECCHIO, son las siguientes:

a) Las hordas. Para DORANTES, "eran conjuntos de hombres nómadas que no tenían un lugar fijo para vivir. La caza y la pesca constituían su principal medio de subsistencia y tan pronto como en una región determinada, donde moraba de paso".

b) Los Matriarcados y los patriarcados; Llega el momento en que el hombre cultiva la tierra y nace la agricultura. No se contenta con matar animales, sino que los domestica y poco a poco se va volviendo sedentario y estable, y aparece, por primera vez, la propiedad privada. En esta etapa se presenta el culto al tótem y el derecho sigue indiferenciado con las normas morales y religiosas, siendo la autoridad del padre (patriarcado) o de la madre(matriarcado) la que domina a todas las personas unidas por vínculo de parentesco.

c) Los grupos gentilicios; A la familia se unen extraños por medio de la adopción. Surgen así la gens, los clanes o, como los llama DEL VECCHIO, los grupos gentilicios. En estos grupos predominan las costumbres y las creencias religiosas. El que gobierna es el más anciano, a quien

se respeta y venera aún después de muerto. Por supuesto que estas costumbres contienen una mezcla de preceptos religiosos, morales y jurídicos.

d) Los grupos supergentilicios; Los grupos se empezaron a unificar y le confirieron autoridad a un jefe, que era el más fuerte o el más audaz de los guerreros. En torno a él, se fue formando una casta sacerdotal y el caudillo desempeñaba las funciones de juez, legislador y guerrero.

Pero con el tiempo, esas viejas creencias se modificaron o desvanecieron; el derecho privado y las instituciones políticas se modificaron con ellas. Apareció entonces la serie de revoluciones, y las transformaciones sociales siguieron de modo regular a las transformaciones de la inteligencia.

- Teorías sobre el origen del derecho; Desde el punto de vista de las teorías acerca del origen del derecho, se han ideado las siguientes:

a) Teoría teológica; Según esta concepción, el derecho emanó de la divinidad y el hombre lo conoció a través de la revelación. La escuela tomista está representada por SANTO TOMAS DE AQUINO (1225 - 1274), quien expone su teoría primordialmente en la Suma Teológica. Existen tres clases de leyes:

- Ley eterna; la cual "consiste en un orden que reside en la razón misma de dios que gobierna el universo y no puede ser conocida por otro medio que la revelación".

- Ley natural; que es "la participación de la ley eterna en la creatura racional". Esta participación se efectúa de dos modos: por las tendencias de la naturaleza racional a sus propios actos y fines, y por la razón que descubre principios de conducta y saca conclusiones de los mismos.

- Ley humana; que es la constituida por los hombres y dispositiva en particular de lo contenido en general en la ley natural. La ley humana se deriva, pues, de la ley natural. La derivación de lo general a lo particular se verifica por vía de conclusión (silogismo) o por vía de determinación. El fin del derecho no es la justicia sino el bien común.

b) Teoría contractualista; Esta teoría dice que el origen del derecho estaría en el contrato que concertaron voluntariamente los hombres para pasar del "estado de naturaleza" al "estado de sociedad". Todos son súbditos de la voluntad general, lo cual garantiza la libertad e igualdad de todos.

c) Teoría de la escuela histórica; Los tres juristas germanos que dieron nacimiento a esta escuela fueron HUGO SAVIGNY y PUCHTA GUSTAVO HUGO; (1768-1834), en su obra Manual de derecho natural como una filosofía del derecho positivo, sostiene que en todos los pueblos el derecho se ha formado fuera de la autoridad legislativa, bien en la costumbre, ya en el derecho pretoriano. En suma, se cree en una razón inmanente al proceso evolutivo de la historia, y se condena todo intento de querer formar racionalmente la sociedad histórica; y, sobre todo, se abomina de todo propósito revolucionario.

d) Teoría de la escuela sociológica; La afirmación central de la sociología jurídica es la consideración del derecho como un producto social o manifestación de la vida social. El origen sociológico puede resumirse en estas etapas;

- La vida de los primitivos grupos humanos, como el clan y la horda, estaba regida por normas que se presentaban en forma indiferenciada: morales, religiosas y usos sociales.
- El cumplimiento de las normas estaba garantizado por la reacción colectiva del grupo, como el hábito, la imitación, el temor religioso, etc.
- El derecho surgió en forma espontánea, siendo la costumbre la única fuente del derecho primitivo.
- Todo el derecho primitivo era religioso y formalista.
- Si bien al principio no había gobierno, después surgen personas que ejercen influjo en la tribu por su carácter religioso o guerrero con la categoría de jefes.

Para VON IHERING, la lucha es parte integrante de la naturaleza del derecho y una condición de su idea, lo cual expresa en los siguientes términos: "El derecho no es una idea lógica sino una idea de fuerza; he ahí por qué la justicia, que sostiene en una mano la balanza en donde pesa el derecho, sostiene en la otra la espada que sirve para hacerlo efectivo. La espada, sin la balanza, es la fuerza bruta, y la balanza, sin la espada, es el derecho en su impotencia: se completan recíprocamente; y el derecho no reina verdaderamente más que en el caso en que la fuerza desplegada por la justicia para sostener la espada, iguale a la habilidad que emplea en manejar la balanza" .

3. Etimología

Ni los hiólogos ni jurisconsultos nos han ilustrado todavía acerca del valor etimológico de este vocablo, que la humanidad anterior a toda tradición, el habla matriz de donde se han derivado las lenguas aryas y semíticas.

Si consultamos al sentido común de nuestro pueblo, acerca del significado de la palabra derecho, nos contestará metafóricamente, por una contraposición de la palabra tuerto o torcido, dándonos a entender que, para él, la justicia es aquello que se dirige a un fin, e injusticia lo que se desvía de él. late este pensamiento en multitud de adagios populares, cuyo mecanismo no reconoce otro fundamento que la antítesis de aquellos dos vocablos; Derecho apurado, tuerto atornado (Summum jus, summa injuria): Con estos derechos nacen los cohombros retuertos: Quien da parte de sus cohechos, de sus tuertos hace derechos: Siete hermanos en un consejo, a las veces juzgan tuerto, a la veces derecho: El leño tuerto, con fuego se hace derecho: A la veces con tuerto hace el hombre derecho: Con un poco de tuerto llega el hombre a su derecho: A torto e a direito, nossa casa ate ao tecto-o como dice el euskaro: arret zarret, gure echea goradec. En igual forma de expresión, refléjase ese mismo concepto en la epopeya popular de lo

Es caso original y que muestra cómo se desarrollan paralelamente, y recíprocamente se influyen el pensamiento y el lenguaje, la ciencia y el saber común, ver acogido ese concepto, que brotó de una etimología elementalísima, por científicos de tanta nota como Ahrens, R. Conforti y Pictet, que lo trasladaron a sus obras casi sin discutirlo. "Si consultamos las lenguas de los pueblos civilizados (dice el primero), en las cuales las nociones relativas a la vida suelen expresarse bajo un aspecto culminante, vemos que la palabra derecho significa generalmente la dirección de una acción o de una cosa hacia un objeto determinado. Derecho es lo que va directamente a fin. El genio de los pueblos que han adoptado esta palabra, ha querido indicar

evidentemente con ella que lo que es derecho o justo está en las relaciones más inmediatas y convenientes con los seres u objetos sobre que versa: que una acción es justa cuando es adecuada a toda la situación de un ser, que es una condición de su existencia o de su desarrollo,

Nada de esto es exacto: no alambicaron tanto los conceptos, para crear las palabras, los pueblos que primeramente usaron la que estamos analizando. Etimológicamente considerado, expresa el derecho una relación exterior, una relación social, cual es la de gobierno. No se dejó prender, como Ahrens, en el lazo de la etimología popular, el autor del título preliminar del Fuero Juzgo, cuando escribió en la ley 7ª lo siguiente: "Reges a regendo vocati sunt... Recíe faciendo, regis nomen benigne tenetur.. unde et apud veteres tale erat proverbium: rex eris si recte facis: si autem non facis, non eris".

Mucho antes de la dispersión, la familia arya era nómada, y su principal y casi única riqueza, el ganado. Poesía su vocabulario, en común con el semítico, una raíz antiquísima. RJ, que en sus orígenes hubo de significar "guiar, conducir, llevar hacia delante el gando, o ir delante del ganado". Por una traslación de sentido, por demás llana y obvia, el vocablo que servía para denotar la idea de guiar o dirigir el ganado, hubo de aplicarse a significar la idea de guiar o gobernar una familia o una tribu, ir delante, ser el primero. Así es como en todas las lenguas semíticas, encontramos aquellas raíz específica en dos vocablos principales, uno que significa "apacentar", y otro que significa "rey"; así, también, en las lenguas aryas, esa misma raíz se explaya en dilatada familia de dicciones que giran en derredor de esas mismas ideas: ser el primero; caminar delante, en dirección recta, y por extensión, caminar; regir o dirigir; ser príncipe o jefe; derecho; rectitud. La aproximación de ideas que estos diferente

Como los demás hombres, atiéndose el presente a uno solo de los efectos materiales del Derecho, pero nada nos enseña acerca de su naturaleza esencial. Hay ,pues, que abandonar el campo de las etimologías, y en vez de preguntar a la historia el significado del vocablo Derecho, investigar y analizar la naturaleza del concepto Derecho en la razón.

4. Concepto

El derecho es el complejo de las normas sociales atributivas. Más detenidamente; el complejo de las normas generales e inquebrantables, producidas por la cultura de una comunidad inspirándose en la idea de la justicia, las cuales, para posibilitar la co-existencia de los hombres, les imponen deberes de un hacer u omitir, típicamente correlativos con derechos, señalando regularmente contra la violación de los deberes una represión de la comunidad organizada.

- El derecho es un complejo de normar, es decir de reglas de conducta humana. El derecho no es un complejo de "actos", a saber: "de los actos efectuados por el Estado para asegurar la cultura de los intereses comunes por el establecimiento y la realización de un sistema de normas, garantizadas por la coacción, y de medidas coactivas, reguladas normativamente". Esta definición, que llega a incluir las actividades estatales de la legislación, jurisdicción y ejecución en el concepto del derecho, se explica por dar excesiva importancia al elemento coactivo en el derecho y conducta una identificación de los dos conceptos del Derecho y del Estado, la que se ha sostenido por Kelsen; pero no merece aquiescencia.

- El derecho es un complejo de normas. En cuanto a este término hay una controversia terminológica. Se ha sostenido, que el derecho puede ser a lo más un complejo de "imperativos", pues el concepto de la "norma" es exclusivamente de índoles ética y requiere no sólo una conducta legal, sino también una motivación moral. Pero esta terminología viven a ser una petitio principii. Piénsese en que Kant ha llamado a la Ley fundamental de la Moral, establecida por él; Imperativo categórico. Además, por ser también en el acto de obediencia de un acto de

voluntad autónoma, queda oscuro de que modo el individuo puede ajustarse a un "imperativo" "heterónimo", sino apropiándose como "norma" "autónoma", desde luego a no ser que está resuelto sin eso a una conducta legal. Esta última salvedad ha de hacerse, pues el "rigorismo ético" de Kant, que exige en todos los casos una "motivación moral", ha provocado con razón la burla de Schiller en su dístico conocido: "Sirvo gustoso a los amigos, pero desgraciadamente lo hago por a

Ni siquiera puede reprocharse inmoralidad a aquel que obra legalmente porque esto concuerda con su propia ventaja. Más bien se prueba la justicia de una norma por mandar lo que cada uno estima concordar con su propia ventaja.

Goethe dice: "No hay un aspecto más hermoso en el mundo que ver a un príncipe que gobierna inteligentemente, que ver un imperio, donde cada uno obedece de buen grado, creyendo servirse a sí mismo, porque se le manda sólo lo justo".

Por lo tanto la idea de "obrar legalmente por motivos inmorales" ha de rechazarse completamente. Es verdad que al lado de cada norma ordenando una hacer u omitir se encuentra otra requiriendo una motivación correspondiente. Pero esta norma exige la motivación por la representación del deber sólo en caso de conflicto de los motivos. Esta restricción distingue la "norma de motivación", establecida por mí de aquella que se estableció por Kant.

- Las normas jurídicas son reglas para una conducta humana, es decir que tienden a influir en la voluntad de los hombres. Hay controversia de que las normas jurídicas tratan de lograr este fin. Mientras que la teoría dominante las considera directamente como imperativos, se sostiene por otra parte que son declaraciones, mediante las cuales se señala una actividad hipotética del Estado, especialmente ejecución o castigo en el caso de una conducta reprochable de los súbditos.

Es claro que los secuaces de las dos teorías solamente quieren decir que todas las normas jurídicas pueden reducirse en último término a un imperativo o bien al anuncio hipotético de una actividad estatal. Por eso sobra una refutación de las objeciones que se han deducido particularmente contra la teoría de los imperativos de la forma de numerosas normas jurídicas, que contienen definiciones derogaciones, restricciones, extensiones, modificaciones, remisiones, analogías o ficciones.

En los demás, las concepciones de las normas jurídicas se justifican. Cada norma es al mismo tiempo imperativo para el que ha de obedecerle, y medida para el que ha de juzgar según ella. Ahora bien, como las normas jurídicas como medidas se aplican regularmente por la jurisdicción del Estado y ésta reacciona contra una antijuricidad no sólo por una declaración de la misma, o sea por una reprimenda, sino por una represión, las normas jurídicas como medidas aparecen como declaraciones de una actividad hipotética del Estado: ejecución o castigo. Es verdad que este último carácter se manifiesta sólo en las normas secundarias; sobre todo en las leyes penales. Las normas del derecho civil manifiestan primeramente sólo el carácter de imperativos. Hay que convertirlas en normas del Derecho Judicial Material, es decir subsistir el derecho subjetivo por la acción, para hacer resaltar el carácter de medidas, señalando la protección jurídica del Estado. Al contrario, las normas del derecho penal aparecen desde el principio

Por ejemplo, el Código dice: "Por el contrato de compra y venta uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto". Este artículo

tiene en primer lugar el sentido de un imperativo; es decir, manda al vendedor entregar la cosa y al comprador pagar el precio, y a la otra parte se atribuye el derecho correspondiente. Convertido en una norma del Derecho Justicial Material dice el mismo artículo; En el caso de que el vendedor no entregue la cosa, el Estado le forzará a hacerlo y a este fin el derecho del comprador se convierte en una acción. Correspondientemente para el comprador. El Código Penal al contrario dice: El que comete tal o cual acción, será castigado. De esta sanción se deduce el imperativo que prohíbe la acción.

De ahí que las normas que tienen a dominar la vida social para del proceso, primeramente se imponen a los individuos como imperativos, mientras el carácter de declaraciones señalando una actividad hipotética del Estado es natural en las norma que han de aplicarse inmediatamente en el proceso.

- El reconocimiento de que a las normas jurídicas corresponde un carácter imperativo, no quiere decir que son meros productos de una "voluntad general" y que exigen obedecerles a ciegas. Más bien arraigan en la convicción y tienden a "convencer ordenando". Esto se manifiesta claramente en el derecho consuetudinario, cuya vigencia depende formalmente de la opinio iuris, y por eso la escuela histórica del derecho (Savigny), ha reconocido en el fondo el derecho consuetudinario como la única verdadera fuente o más bien forma del derecho, no disimulando su aversión contra el derecho derivado de la ley. Sin embargo, también la ley deduce su pretensión material de regir de su concordancia con la convicción general de la justicia de sus normas.

Por eso en el aforismo; *stat pro ratione voluntas* al referirle a la ley, la palabra *pro* ha de interpretarse no como "en vez de", sino como "al lado de".

- De lo expuesto han de deducirse las consecuencias para la vigencia de las normas jurídicas. Por lo que hace a este problema hay controversia entre dos teorías: la del placer y la del reconocimiento. La solución del problema planteado y la decisión de la controversia se suministra por el método lingüístico.

Pero en este caso la vigencia de la norma como imperativo falla en realidad y no hay otro medio que infringir la represión señalada; sólo en el sentido de que el infractor se expone a ella, la norma garantizada por la represión señalada tiene vigencia frente al que no la reconoce.

5. Fuentes

La noción de fuente del derecho

- Derecho positivo y fuentes; El derecho y las otras reglas de la vida social; hemos caracterizado al derecho positivo como el conjunto de reglas vigentes en un grupo social, impuestas a cada uno por el poder que dispone de la coacción pública.

Ahora, se presenta la cuestión de saber cómo se manifiestan las reglas del derecho positivo, dónde y cómo los justiciables y los jueces pueden tomar conocimiento, en una palabra, cuáles son las fuentes del derecho. Este término fuente crea una metáfora bastante feliz, pues, remontar la fuente de un río es buscar el lugar en que sus aguas brotan de la tierra; del mismo modo, inquirir la fuente de una regla jurídica es buscar el punto por el cual ha salido de las

profundidades de la vida social para aparecer en la superficie del derecho. Así se dirá que la obligación del servicio militar tiene su fuente en la Constitución.

- Complejidad de este estudio; Si como lo creen muchos profanos, el derecho es simplemente la ley, texto escrito y oficial, el problema de las fuentes sería sencillo: no habría sino que buscar el derecho en las colecciones de leyes.

Pero el derecho no está por entero en la ley; se ha formado primeramente por la vía consuetudinaria, es decir, que ha salido de las costumbres antes de inscribirse en los monumentos legislativos. Actualmente todavía, las fuerzas creadoras que forman el derecho no están limitadas al poder legislativo; también se las encuentra en las prácticas cotidianas de la vida pública, en ciertos medios particulares tales como los grupos profesionales, en las convenciones adoptadas por grandes agrupaciones tales como los carteles o los sindicatos, en la aplicación constante y coherente por los tribunales de principios que completan las leyes, en el impulso dado a la ciencia del derecho por las obras de jurisconsultos especializados. La elaboración del derecho no es pues un fenómeno simple ni instantáneo; presenta múltiples facetas. No deberá sorprender si los autores lo consideran desde ángulos diversos; es con razón que se ha hablado del "problema de las fuentes"

- Las fuentes formales; En este capítulo no trataremos más que de las fuentes formales del derecho, es decir, de los hechos que dan a una regla el carácter del derecho positivo. Bonnetiere las define como "Las formas obligadas y predeterminadas que ineludiblemente deben tomar los preceptos de conducta exterior para imponerse socialmente bajo el amparo del poder coercitivo del derecho". Dejamos de lado lo que se ha llamado las fuentes materiales o fuentes reales que comprende el conjunto de fenómenos sociales que contribuyen a formar la sustancia, la materia del derecho (movimientos ideológicos, necesidades prácticas, etc.); esto será objeto de estudios posteriores.

- Plan de este capítulo; Para enunciar y clasificar los diferentes géneros de fuentes formales los autores se encuentran lejos de estar unánimes. No obstante, hay acuerdo para reconocer la calidad de fuentes a la ley y a la costumbre. Es de éstas que vamos a ocuparnos en primer lugar; nos detendremos en seguida en las fuentes menos evidentes y veremos las discusiones que han suscitado.

La Costumbre

- Definición; La costumbre es un uso implantado en una colectividad y considerado por ella como jurídicamente obligatorio; es el derecho creado por las costumbres, el *jus moribus constitutum*.

- Su función histórica; Si comenzamos por la costumbre nuestro estudio de las fuentes a pesar del predominio, que la vida moderna reconoce a la ley, es por ser la más antigua. La ley es inseparable de un estado de civilización relativamente avanzado; las sociedades rudimentarias la ignoran en tanto que se someten ya a tiempos muy antiguos tienen ya el carácter de leyes: el código de Hammurabi en Babilonia, que se sitúa hacia los 2000 años a. de J.C.; las leyes de Moisés, las leyes de Manú en la India antigua, las leyes más o menos legendarias de Solón y Dracon en Atenas; pero estos monumentos no eran en sí mismos, en la mayor parte de sus disposiciones, sino una redacción de costumbres anteriores.

- Su formación progresiva; La costumbre no se revela como la ley por un acto único, sino por una repetición de actos semejantes y por la concepción que reina acerca de su fuerza obligatoria. Ahora bien, esta concepción no aparece súbitamente: ella resulta de un lento trabajo en los espíritus. Sin duda, ciertos autores han atribuido a los fallos sucesivos de los tribunales más que a la opinión común una influencia decisiva en la formación de la costumbre; en el mismo sentido Renard, la caracteriza como "un precedente que hace bola de nieve". No es menos evidente que es por etapas insensibles que una tradición se convierte en una costumbre jurídica; no se puede percibir concretamente su ingreso en el campo del derecho. También el límite entre el simple uso y la costumbre propiamente dicha es impalpable y la cuestión más delicada que plantea la costumbre en la vida jurídica es la de su constatación.

- Sus elementos constitutivos; El antiguo derecho francés cuyo régimen fue esencialmente consuetudinario hasta el Código Napoleón (1804), había establecido una teoría que Lambert denominaba "la teoría romano-canónica de la costumbre" y que se puede resumir en los dos elementos siguientes:

a) La existencia de una costumbre dependía en primer lugar de la observación uniforme de la regla por la generalidad de los interesados y esta práctica debía remontarse en el tiempo; era el elemento objetivo.

b) La idea del carácter obligatorio de la regla debía reinar en el medio regido por ella: era la *opinio necessitatis*, elemento subjetivo.

- Prueba de la costumbre; Aquel que invocaba una costumbre debía probarla. A falta de costumbres redactadas, esta prueba podía administrarse por todos los procedimientos ordinarios y además por medio de "la encuesta por turba".

- Redacción de las costumbres; Las incertidumbres a que daba lugar la costumbre han creado la necesidad de colecciones en las que fuera consignada por escrito. En Francia, los primeros "coutumiers" son la obra de juristas privados; remontan al siglo XIII. En un proceso, las partes podían siempre probar que, después de su redacción, la costumbre se había modificado o había desaparecido.

- El desuso; La costumbre muere tal como nace; por las realidades cotidianas de la vida popular. Cuando deja de adecuarse a las necesidades de la vida, se marchita como una hoja en otoño; es abrogada por el uso. Lo que se denomina el desuso.

- Función moderna de la costumbre en derecho privado; Si el siglo XIX, ha hecho retroceder a la costumbre a un segundo plano para acordar a la ley el lugar de honor, sin embargo no la ha suprimido. En nuestros días, desempeña todavía una función importante que la Escuela Sociológica ha evidenciado particularmente.

- Los usos convencionales; Hay usos establecidos en una región o en un medio comercial que sirven para completar e interpretar los contratos: ellos representan la voluntad presumida de las partes. Es así

Trabajo enviado por:

Gabriela Agüero

chango93@LatinMail.com Perú